

〈判例研究〉

職務質問の現場における留め置きの適法性

—— 覚せい剤所持の嫌疑による被告人の着衣及び所持品に対する搜索差押許可状の請求準備着手から右令状執行までの間、被告人を職務質問の現場に留め置いた措置を違法とした事例 ——

覚せい剤取締法違反、大麻取締法違反被告事件、平成27年3月4日東京高裁判決、破棄自判（上告、後確定）、判時2286号138頁

岡 本 梢

目 次

- 1 事案の概要
- 2 判 旨
- 3 検 討
 - (1) 強制処分と任意処分の区別
 - (2) 二分論の展開

1 事案の概要

A巡査部長は、B巡査らと警邏中、平成25年9月22日午前3時40分頃、パトカーに気付き慌てて顔をそむける等不審な行動をとった被告人を歩道上で停止させ、職務質問を開始し、所持品の提示を求めた。被告人は、財布等を提示したが、赤いウエストポーチについては提示を拒絶した。その後、A巡査部長に説得されウエストポーチの中を見せた際、A巡査部長はその中に入っていた小物入れの中にパイプのような固い物があるように感じた。A巡査部長は、職務質問開始前の被告人の状況や、開始後の薬物乱用者に酷似する様子から、薬物

犯罪を犯している疑いを抱いた。被告人の身上照会をしたところ、薬物犯罪の前科前歴が多数あることが判明した。

A 巡査部長は、覚せい剤所持の被疑事実で搜索差押許可状の発付を裁判所に請求することを決め、午前4時11分頃、令状請求準備のためY警察署に向けて本件現場を出発した。

その後、応援で駆け付けた警察官らが所持品検査に応じるように更に被告人の説得を続けたが、被告人はウエストポーチの中を見せることを拒否し、何度も帰りたい旨申出た。実際に歩き出そうとしたが、その都度警察官らは被告人の両腕をつかんだり前に立ちはだかったりして制止した。

A 巡査部長らは、午前6時39分頃、搜索差押許可状の発付を裁判所に請求し、午前7時36分頃同令状の発付を受け、午前7時53分頃同令状を本件現場で執行した。ウエストポーチから覚せい剤が発見され、被告人は現行犯逮捕された。その後警察署で任意提出された被告人の尿から覚せい剤の成分が検出された。

被告人は、覚せい剤及び大麻の所持、覚せい剤の自己使用により起訴されたが、原判決は、覚せい剤の所持を被疑事実とする搜索差押許可状に基づく、職務質問の現場における被告人の所持品等の搜索並びにその結果発見された覚せい剤及び大麻に差押えには重大な違法があるとして、それらの鑑定書及び任意提出された尿の鑑定書の証拠能力をいずれも否定し、被告人を無罪とした。

2 判 旨

「任意捜査における有形力の行使は、法益の侵害について相手方の同意・承諾があれば、手段が相当である限り、許されるのは当然である。相手方の同意・承諾がなくとも、有形力を用いる必要性和侵害される相手方の法益との均衡が保たれている限り、許されると解される。その場合の有形力の行使は、搜索や逮捕にわたるような、相手方の意思を制圧するものであってはならず、また、侵害される法益の種類、程度、捜査目的を実現するためにその法益を侵害することの必要性、緊急性、犯罪の嫌疑の程度、重要性なども考慮して、具体的状況のもとで相当と認められる限度内のものでなければならない。

これを本件留め置きについてみると、本件は覚せい剤取締法違反という重大

事犯であって、被告人には、覚せい剤を所持している疑いがあるものの、その程度は、蓋然性という高度のものではない。被告人の自由な行動を許せば、携帯している可能性のある薬物等を投棄するなどして証拠隠滅行動に及ぶことが想定でき、隠滅後であれば、捜索差押許可状の発付を受けても実効性がない。留め置きの必要性は肯定することができる。他方、上記映像にあるように、被告人は一定空間で自由に移動することが許されており、被告人の身体に対する直接的な有形力の行使が常時なされてはいないものの、複数の警察官が被告人を隙間なく取り囲み、被告人が再三、そこから出たいとの明確な意思表示をして立ち去る行動に及んでいるにもかかわらず、身体を押し付ける、腕をつかむといった典型的な有形力の行使も用いつつ、被告人を警察官による囲いから出られないようにしている。被告人の移動の自由、ときに身体の自由という重要な法益を侵害したものであり、しかも、それは被告人の動きに対応した受動的、一時的なものではなく、あらかじめ立ち去りを防止しようとして、約三時間四〇分（現行犯人逮捕手続書記載の被告人が車道方向へ駆け出す仕草をしたときから）という短いとはいえない時間、P 1 玄関前の狭い敷地から移動することを制限していたものである。被告人が再三にわたり立ち去りの意思を明確に表示して、立ち去る行動に及んでいるのに、これを多数の警察官が取り囲んで阻止しているのであって、手段の相当性を欠き、全体として違法というべきである。さらに、違法な本件留め置きの結果を利用して行われた本件の捜索差押も違法性を帯びることになる。」

「捜索差押が、違法な本件留め置きの結果を利用して行われたものであることを理由として、上記各証拠の証拠能力を否定すべきか否かを検討する。

警察官は、被告人を強い力で押さえ付けたり、掴んだり、引っ張ったりしたことはなく、被告人の身体に危害が加わらないように配慮していた。警察官がある程度離れた状態で被告人を取り囲んでいた時間帯も少なくなかった。また被告人は妻や弁護士への電話を制約されていなかった。約3時間40分という時間も長時間とはいえない。本件留め置きの違法は軽微とはいえないが、悪質な態様とはいえ、法益侵害の程度も重大とはいえない。

前記のとおり、被告人には覚せい剤所持の嫌疑が相当程度認められ、本件留め置きに関わった警察官らも令状請求が可能かつ必要な程度の嫌疑があると認

識していた。被告人が本件現場を立ち去れば覚せい剤等の投棄、隠滅は容易であり、本件搜索差押許可状による捜査目的を達するには、被告人を現場に留め置く必要性があった。

本件覚せい剤等は、本件搜索差押許可状に基づく搜索によって発見されている。警察官らも、同令状の発付を受けて搜索差押をする意図であり、その令状の執行を確保するために、被告人を留め置いている。前記の裁判例が、令状請求の準備に着手して強制手続きに以降した段階においては、相当程度強くその場に止まるように求めることも許されるとしており、本件では、これに沿った対応が行き過ぎたという面がある。

これらの点を総合考慮すれば、本件留め置き of 違法の程度は、令状主義の精神を没却するような重大なものであるとはいえず、将来の違法捜査抑止の観点からも、上記各証拠の証拠能力を否定すべきであるとはいえない。」

3 検 討

(1) 強制処分と任意処分の区別

本件は、薬物事犯における職務質問開始から搜索差押令状の執行までの間、捜査官が被告人を長時間留め置いた措置について、その適法性及び当該手続きを利用してなされた搜索差押によって得られた証拠の証拠能力が問題となった事案である。

薬物事犯においては、所持及び使用の疑いに対し、所持品検査や採尿のための任意同行、任意採尿に応じるよう、職務質問の現場や任意同行後の警察署に被疑者を留め置く措置が多々なされる。まず、警察官は、対象者に不審事由を認めると、警職法2条1項に基づいて行政警察活動たる職務質問として「質問」し、それに必要な範囲で、対象者を「停止」させることになる。同法2条3項が強制にわたることを禁じていることから、ここでの停止、質問は、任意処分として行われる。そして、職務質問中に特定の犯罪に関する嫌疑が生じれば、そのまま司法警察活動たる捜査へと移行する。捜査は任意処分を原則とするため、ここでの捜査も任意捜査として行われることになるが、嫌疑の高まりによって、強制捜査たる搜索差押や逮捕手続きに移行すべきか否かの判断に迫られる

こととなり、その見極めのために、被疑者への質問を継続し、留め置く必要が生じる。その際、被疑者の説得や抵抗のために時間を要する場合があります、結果として、長時間にわたり被疑者の移動の自由を奪うこととなる。また、留め置きの最中、被疑者が退去の意思を示し実行に移した際に、その引き止めのために有形力が加えられることもめずらしくない。そのような移動の自由の制限や、有形力の行使が過度になされた場合、当初は任意処分として行われていた留め置き措置も、もはや強制処分といえるほどの法益侵害がなされているのではないかと争いが生じる。

強制処分とは何かについて、最高裁は、昭和51年3月16日決定（刑集30巻2号187頁、判時809号29頁、判タ335号330頁）において、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」としている。有力説は、「相手方の意思に反して、その重要な権利・利益を制約する処分」であるとする¹⁾。法定の強制処分を見るに、逮捕、搜索等は、国家権力による強度の法益侵害であるがゆえに、相手方がいかに同意をしようとも、それによって任意処分となる性質のものではなく、令状主義が適用され、裁判官による厳格な審査のもと許可された行為のみが許容されることになる²⁾。そこでは、捜査の必要性や緊急性等が個別具体的に考慮されることはなく、類型的に強制処分該当性を判断することになる³⁾。よって、強制処分にあたるか否かは、上記最高裁決定もしくは有力説に沿って、法益侵害の程度が、仮に相手方の同意があったとしても許容されない程度か否か、捜査の必要性・緊急性を加味したとしてもおよそ許容されない程度にまで至っているか否かという視点で判断すべきである。

本件裁判所は、本件留め置き措置が強制処分に該当するか否かについて、明確な判断をしていない。「任意捜査における有形力の行使は、」「侵害される法益の種類、程度、捜査目的を実現するためにその法益を侵害することの必要性、緊急性、犯罪の嫌疑の程度、重要性なども考慮して、具体的状況のもとで相当と認められる限度内のものでなければならない」とし、本件留め置き措置は手段の相当性を欠き違法であると判断している。

留め置き事例に関する唯一の最高裁決定である最高裁平成6年9月16日決定

(刑集32巻4号670頁、判時896号14頁、判タ366号152頁)も、覚せい剤取締法違反の前科があり、不審な行動をとっていた被疑者を、職務質問開始から搜索差押許可状(強制採尿令状)の執行が開始されるまで、6時間半以上にわたり職務質問の現場に留め置いた事案について、留め置き必要性、緊急性等を具体的に考慮して上で、「任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとして違法」と判断している。かかる最高裁決定も、留め置き措置が強制処分⁴⁾に該当するか否かの明示の判断をしていない。最高裁は、留め置き措置を逮捕とは異質のものとし、最高裁昭和51年決定の基準に照らしても強制の処分には当たらないと判断したものとされている⁴⁾。本件も、前記判示からすれば、平成6年決定と同様、留め置き措置を強制処分ではなく、任意捜査としたうえで、その相当性を判断したものと考えられる。

平成6年最高裁決定の上記の判断に対しては、最高裁は、捜査の必要性・緊急性等諸般の事情を総合的に判断しているが、そのような衡量判断は被告人が被った法益侵害が強制処分の域に至らないことを前提すれば意味を持つとして、まず当該留め置きが強制の処分に当たるか否かを判断すべきであったとの批判がある。「被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った」ことを違法の理由とするならば、憲法33条違反の「強制処分」と評価されるのではないかと⁵⁾の批判が指摘されているのである。

平成6年最高裁決定の事件では、有形力の行使の程度は低く、留め置きの時間が許容される範囲を超えて長時間にわたったことを重視しており、時間の長短に着目しているのに対し、本件は、その有形力行使の程度に着目している。すなわち、複数の警察官が被告人を取り囲み、そこから出る意思を明確にし、立ち去ろうとする被告人に対し、身体を押付けたり、腕をつかむなどして出られないようにした事実につき、「被告人の移動の自由、ときに身体⁶⁾の自由という重要な法益を侵害した」と判断しているのである。上記、平成6年最高裁決定への批判と同様の立場で考えれば、そのような身体⁶⁾の自由に対する制限は、もはや強制手段たる逮捕に該当するのではないかと考えられる。

しかし、捜査の流動性に鑑みると、とりわけ薬物事犯における留め置き措置は、嫌疑の程度や対象者の態度、道路上で行われる場合には安全面への配慮等、現場の柔軟な対応が必要となってくることから、強制捜査か任意捜査かという

形式的な分類に固執するよりも、明らかに対象者の意思を抑圧し、捜査の必要性及び緊急性を勘案してもおよそ許容されないほど強度に移動の自由、身体の自由を侵害し、憲法33条違反の逮捕行為がなされたと判断される場合を除き、各事実に従って個別具体的に、その捜査の必要性、緊急性、法益の権衡等を考慮して、捜査として相当性を有していたか否か判断するべきである。

平成6年最高裁決定の事案は、6時間半以上という長時間の移動の自由への制限があった点で、本件は、被告人を取り囲み、腕をつかむなどしてそこからの移動の自由、身体を制限した点で、実質的逮捕に当たるのではないかと判断しうが、明らかに意思の制圧があるとまでは言えず、捜査の必要性や緊急性を勘案すれば、許容される余地があるから、直ちに実質的逮捕にあたりとまでは判断されなかったものと考えられる。⁶⁾

(2) 二分論の展開

直ちに強制処分とは言えない場合、「任意捜査として許容される範囲」内か否かを、個別具体的に検討する必要がある、ここでの事実の検討、評価が留め置き措置事案における最も重要な論点となる。その判断枠組みとして、本件は、職務質問開始から搜索差押令状執行までを一体としてとらえ、その間における法益侵害の程度、捜査の必要性、緊急性、犯罪の嫌疑の程度、重要性等を総合的に考慮して判示している。平成6年最高裁決定も同様の判断枠組みを採っており、これに沿ったものと考えられる。

平成6年事件では、上記の通り長時間にわたり移動の自由を制約したことを違法の要因としたが、そのように長時間にわたった原因として、警察官が任意の捜査に固執し、強制捜査に移行するか、被告人を解放するかの見極めが遅れたことが挙げられる。実際、職務質問を開始し、直ちに被告人の異常行動及び薬物事犯の前科を確認したにも関わらず、捜査官が令状準備に取り掛かるまで、約4時間20分の時間を要した。そのような結果、長時間の留め置きを余儀なくされたことについて、裁判所は違法と判断したものである。これによって裁判所は「警察官に対し、迅速かつ適切な対応を求めた」⁷⁾ものであり、ここに平成6年最高裁決定の意義が存在するといえる。

最高裁による捜査の違法宣言は、捜査実務に相当の影響力を及ぼすものであ

り、平成6年決定以降、警察官は、薬物事犯における留め置き措置において、平成6年決定を念頭に、迅速かつ適切に強制捜査への移行、つまりは令状請求の準備に取り掛かる運用がなされたと推測される。実際近年の裁判例を見ると、職務質問開始から、令状発付の準備に取り掛かるまで、1時間前後で行っているものがほとんどであり、⁸⁾本件も職務質問開始から約40分で令状発付に向けた準備行為に取り掛かっている。平成6年最高裁決定が功を奏したといえよう。

もともと、迅速かつ適切に令状の請求をしたとしても、その後、実際に捜索差押令状が執行されるまでの間、数時間単位という決して短くない間、相手方を留め置く必要性が実務上生じる。特に、強制採尿の場合、「最終手段として」行われなければならない、「医師をして医学的に相当と認められる方法により」行われなければならないから、⁹⁾所持品の捜索差押の場合に比して、被疑者の説得、医師の確保等のために時間を要する。この点に関し、平成6年最高裁決定は、「早期に令状を請求することなく」長時間にわたり被告人を本件現場に留め置いた行為を違法と判断しており、令状請求以前の迅速な対応について、その指針を与えているものの、令状請求以降の留め置き措置については、特別な判断を加えてはいないのである。

そこで近時、留め置き措置を「純粋に任意捜査として行われている段階」と、令状発付に向けた準備行為に取り掛かった時点以降の「強制手続への移行段階」とに二分し、後者については「相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」とするいわゆる二分論が提唱されるようになった。二分論は、¹⁰⁾捜査実務において支持を受けており、平成21年以降、これに沿った高裁判決も多数出ている。

二分論をはじめて明示したのが、東京高裁平成21年7月1日判決（判タ1314号302頁）である。事案は、自動車を運転中に職務質問を受けた被告人が、その様子等から覚せい剤使用の疑いがあり、覚せい剤事犯の前科があったことから、警察署に同行され、強制採尿令状が執行されるまでの間、取調べ室に留め置かれたものである。このような留め置き措置について、東京高裁は、従前の判断枠組みを変更し、「本件留め置きが、純粋に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階とからなっていることに留意する必

要があり、両者を一括して判断するのは相当ではない」とした。そして、純粹に任意捜査として行われている段階について、留め置きの時間は30分と短時間であり、被告人の意思に反するものでないことから違法ではないとした。強制採尿令状の執行に向けて行われた段階については、強制採尿令状執行のためには医師の確保等、令状執行までに相当程度の時間を要すること、令状請求が検討されるほどに嫌疑が濃い対象者については所在確保の必要性が高いことなどを前提に、令状執行までに要した時間は2時間58分であり、特に著しく長いとまでは見られず、留め置きの対応も、退出しようとする被告人の前に立ち塞ったり背中を押し返すなど受動的な行為にとどまっていることなどから、いまだ任意捜査として許容される範囲を逸脱したとは言えないと判示した。

右判決を受けて、さらに二分論を明確にしたのが、本件において検察官側が援用した東京高裁平成22年11月8日判決（判タ1374号248頁）である。事案は、不審事由が認められたため、自動車を運転中の被告人を停止させて職務質問をし、前科照会をしたところ、薬物事犯の前歴が判明し、さらに腕に注射痕が認められたため、尿の任意提出を求めたがこれに応じず、強制採尿令状を請求し、これが執行されるまでの間、職務質問の現場に留め置いたものである。東京高裁は、「強制採尿令状の請求に取りかかったということは、捜査機関において同令状の請求が可能であると判断し得る程度に犯罪の嫌疑が濃くなったことを物語るものであり、その判断に誤りがなければ、いずれ同令状が発付されることになるのであって、いわばその時点を分水嶺として、強制手続きへの移行段階に至ったと見るべき」であるとして、上記平成21年東京高裁判決が示した判断枠組みをより具体的なものとした。その上で、強制手続きへの移行段階について、被疑者の所在確保の必要性が高いとして、「純粹な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される¹¹⁾」とした。そして、令状請求準備行為から強制採尿令状が執行されるまで、約3時間21分かかっているが、それは特に著しく長いとまではいえないこと、および、留め置きの対応も被告人の身体を押さえ付けたりひっぱったりしたことはなく、意思を直接制圧するような行為等はなされていないとして、強制手続きへの移行段階に至った後の留め置きも適法とした。

このような二分論は、捜査実務において歓迎され、定着するかに思えたが、

その後、札幌高裁平成26年12月18日判決（判タ1416号129頁）が、検察官の主張した二分論による判断枠組みを援用しないことを明示した。当該判決は、二分論の主張に対し、「犯罪の嫌疑の程度は、採尿令状の請求準備を開始するか否かという警察官の判断により直ちに左右されるものでない上、本件において、その段階で、嫌疑を深めるべき新たな証拠や事実が発見されてもいないから、」
「必ずしも説得力のある立論ではない」とした。そして、職務質問の後、パトカーの中に留め置かれて任意採尿に応じるよう説得を受けていた被告人が2回にわたり外に出ようとしたが、警察官が身体を押さえ付けるなどして制止し、結果、降車の意思を明確に表示した時点から、採尿令状が執行されるまでの3時間50分、留め置かれた行為について、「長時間にわたり被告人の移動の自由を過度に制約したものと、任意捜査の範囲を逸脱した違法なものであった」と評価した。

このように、平成26年札幌高判が二分論を否定したことにより、本件裁判所が二分論についてどのような判断を下すかが注目された。検察官は、上記東京高判平成22年11月8日およびこれと類似する東京高判平成25年5月9日を援用し、留め置いた時間は、職務質問開始から、令状準備に取り掛かるまでで40分、令状準備行為から、搜索差押令状が執行されるまでは約3時間40分であり、不当に長時間ではなく、有形力の行使も立ち去ろうとする被告人の挙動に合わせた受動的なもので、手段として相当であって適法であると主張した。これに対し、本件裁判所は、「令状執行のための留め置き必要性は肯定するものである」として、札幌高判のように真っ向から二分論を否定することはなかったものの、令状請求の準備に取り掛かった事実から直ちに覚せい剤所持の嫌疑が高まったとは判断せず、職務質問開始から令状執行までを一体としてとらえたうえで、個別的事情からその嫌疑の程度は蓋然性というほど高度のものではないとした。したがって、本判決は、二分論を否定こそしないものの、二分論に依拠しているものでもなく、平成6年最高裁決定と同様の判断枠組みの中で各事情を考慮したものといえる。そして、本事件は、そのような高度な嫌疑がないのに対し、有形力の行使は、被告人が再三立ち去りの意思を明確にしているのに対し身体を押し付ける、腕を掴むといったものであり、それは被告人の動きに対応した受動的、一時的なものではないとし、そのような手段は、令状執行のための留

め置きの必要性を肯認しても、許される範囲を超えていると判断した。

平成26年札幌高判および本件において注視すべきは、捜査官による有形力の行使が、従来執られていたものと比較して、強度なものとなっているという実務上の事実である。平成21年東京高裁の事件では、被告人の前に立ちふさがったり、背中で押し返す等受動的なものであり、平成22年の東京高裁における事件でも、被告人の身体に対し、直接掴む、押さえ付けるといった行為はなく、意思の制圧をするものではないと判断された。これに対し、平成26年札幌高裁の事件では、パトカーから降車しようとする被告人の身体を直接押さえ付ける行為に出ており、本件でも被告人の両腕を掴んだり、身体を押し付けたりするなど「典型的な有形力の行使」を用いている¹²⁾。そのような有形力の行使が用いられた両事件における留め置きは、被告人の移動の自由を「過度に制約」するものとして、実質的逮捕に相当近接するものと考えられる。その程度にまで達しているほど強度の有形力の行使が執られた背景には、二分論によって、強制手続きへの移行段階に至ったならば「相当程度強くその場に止まるよう」被疑者に求めることも可能であるとする考えが捜査実務に浸透したことがあると考えられる。ここで、平成22年東京高判が示した「相当程度強く」とは、具体的にどの程度を指すのか、その許容性は明らかではない。この点に関し、純然たる任意捜査に際して許される有形力よりも強度のものが認められると解するならば、従来は許されなかった範囲、すなわち最高裁昭和51年決定の示した基準に従えば許容されないと判断される程度の有形力の行使も許される結果となる。その結果、実務においては、移動の自由に対する過度の制約と評価されうるまでに強度な有形力の行使も許容されると判断され、それが平成26年札幌高裁の事件および本件において実行に移されたのではないだろうか。

しかし、いかに強制手続きへの準備を進めているからといって、あくまでも任意捜査として行っているものであるから、受動的な必要最小限度の有形力の行使を超えて、留め置きのために積極的に有形力を用いることはあつてはならない。留め置きの場所から退去することが不可能な状態を作出するほどに積極的な有形力の行使は、実質的逮捕と異なるところはなく、憲法33条に反するものであるといえる。

他方で、嫌疑が高く、逃亡のおそれや証拠隠滅のおそれがある被疑者を、解

放すれば、令状執行が困難になる可能性は高く、それを回避すべく、令状執行まで被疑者を留め置く実務上の必要性は無視できない。被疑者が強く拒否すればするほど、留め置く根拠が欠き、解放しなければならないとすれば、駄々をこねた被疑者が留め置きから逃れいわば「得をする」結果となりかねない。したがって、二分論が提唱する強制捜査への移行段階における所在の確保には、立法による解決が望ましいといえる。¹⁴⁾ 裁判例でも、二分論が展開される契機となった平成20年9月25日東京高裁判決（東京高裁判決時報59巻83頁）が、判決末尾において「覚せい剤使用の嫌疑が濃厚な被告人らにつき、警察官が令状請求の手段を取り、その発付を受けるまでの間、自動車による自由な移動をも容認せざるを得ないとすれば、令状の発付を受けてもその意義が失われてしまう」として、留め置きについては、「裁判所の違法宣言の積み重ねにより、その抑止を期待するよりは、令状手段をとる間における一時的な身柄確保を可能ならしめるような立法措置を講ずることの方が望ましい」と付言した。

そのような立法措置が講じられないまま、二分論に沿った捜査が行われた結果、強度の有形力が行使され、行き過ぎた対応となったのが本件であると思われる。裁判所は、本件留め置き措置及びそれに引き続き行われた搜索差押を違法とし、そのような違法な搜索差押によって得られた証拠物が違法収集証拠として排除されるか判断する際、検察官の主張した平成22年東京高裁判決等が「令状請求の準備に着手して強制手段に以降した段階においては相当程度強くその場に止まるように求めることも許される」としており、本件では、これに沿った対応が行き過ぎたという面がある」ことも考慮し、令状主義の精神を没却するような重大なものではないとして証拠能力を否定しなかった。¹⁵⁾ 二分論の示す「相当程度強く」を、従来の判断によれば許容されうる有形力の行使よりも強度のものが許されると解釈し、積極的な有形力の行使を用いる捜査実務に警鐘を鳴らしたものであり、この点について本件が実務に与える影響力を考えると、本件の意義は大きいといえる。

本件裁判所が、令状執行のための留め置きの必要性を認めながら、それでも本件留め置き措置は相当性を欠くと判断したことからすれば、仮に、本件において二分論が採用されていたとしても、捜査官が用いた有形力の行使は手段として相当性を欠くものと判断されたのではなかろうか。

実務に歓迎され、定着すると思われた二分論も、平成26年札幌高裁判決で否定され、本件においては、それに沿った捜査の行き過ぎが指摘されることにより、被疑者を令状執行まで留め置く際の、捜査官の確固たる拠り所とはいいい難くなった。もっとも、本判決後も静岡地裁が¹⁶⁾平成22年の東京高裁判決を引用するなどして、二分論に依った判決を下していることからすれば、今後も、法の整備や最高裁による判断が出ない限り、二分論による判決とそうでないものが出されると予想される。

注

- 1) 井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」刑事訴訟法の争点〔第3版〕46頁。
- 2) 犯罪捜査規範108条も、捜索の際、住居主等の任意の承諾が得られると認められる場合においても令状の発付を受けなければならない旨定めている。
- 3) 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）32頁、香城敏磨・最判解刑事篇昭和51年度72頁。
- 4) 中谷雄二・最高裁判例解説刑事篇平成6年度192頁。
- 5) 酒巻匡・平成6年度重要判例解説（ジュリスト1068号）167頁。
- 6) 江口和伸「職務質問のための実力の行使」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕7頁。
- 7) 中谷雄二・前掲186頁。
- 8) 留め置きの適法性が問題となった最近の事例のうち、平成26年12月18日札幌高裁判決の事件では、職務質問開始から令状請求準備行為まで約1時間、平成25年1月23日東京高裁判決の事件では約1時間27分、平成23年3月17日東京高裁判決の事件では約50分、平成23年2月17日東京地裁判決では約1時間で行われている。
- 9) 最高裁昭和55年10月23日第一小法廷決定（刑集34巻5号300頁、判時980号17頁、判タ424号52頁）
- 10) 細谷芳明「判例から学ぶ捜査手続の実務特別編①」捜査研究775号では、「二分論は、実務的には優れた基準である」としている。
- 11) 強制手続きへの移行段階における留め置きであるということ、すなわち令状の発付、執行に向けた準備を行うことを被疑者に告知する必要があるか否かについて、平成21年東京高裁判決は「最後に付言すると」として、右段階に至ったことを「対象者に告げる運用が早急に確立されるのが望まれるが、本件では、そういった手続がおこなわれていないことで、これまでの判断が左右されることにはならない」としたのに対し、平成22年東京高裁判決は、相当程度強くその場に止まるよう求めることの条件として「強制採尿令状請求が行われていること自体を被疑者に伝えること」が必要であるとした。
- 12) もっとも、平成26年札幌高裁の事件では、違法の重大性の判断に際し、2度の有形力の行使のうち、1度目は被告人から身体を押された警察官が、踏ん張って動かなかったという「受動的なもの」であり、2度目の有形力の行使も、被告人の降車を制止するため、その肩や腕をつかむなどしたものであり、「被告人の意思を制圧するような強度のものであつ

たとはいえない」として、その他の事情も考慮し、留め置きの違法の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するほどに重大なものではないとした。

- 13) 前田雅英「令状執行の為の留め置き行為の適法性」警察学論集64巻5号154頁。
- 14) 柳川重規「判例批評」刑事法ジャーナル27号102頁、大沢裕「強制採尿に至る被疑者の留め置き」研修770号15頁。
- 15) 判例時報2286号140頁では、今後、捜査実務が二分論に沿った運用を進めたとして、令状請求中だからといって過剰な有形力の行使が頻発すれば、当該理由で証拠能力を認めることは難しくなると考えられると指摘している。
- 16) 静岡地裁平成27年12月10日判決。